

Strafbar passivitet

– Ansvarsgrundlag og den alternative handling

Af Nicolaj Sivan Holst¹

Abstract

*Criminal passivity is characterized by punishment not for something one did, but for omitting a certain act. This means that one has to be concerned with both the criteria for liability by omission and with the alternative actions one should have taken to avoid punishment. The article focuses on the specific problems that present themselves when dealing with criminal passivity under Danish law including questions concerning legal bases and the consequences thereof. When examining criminal passivity, it is important to distinguish between crimes of omission within and outside the scope of complicity, and between different types of criminal offences. The most relevant area of criminal passivity in case law concerns passive complicity. A new case from the Danish Supreme Court has set out some general criteria for liability in this area. In regards to crimes against children, case law shows that there is an obligation for parents to protect children and that demands regarding alternative actions are strict. Outside the scope of complicity there are cases of criminal omission regarding possession of narcotics and firearms.**

1. Indledning

Spørgsmålet, om man kan straffes for at forholde sig passiv, tiltrækker sig ofte mediernes opmærksomhed. Dette sker typisk, når der rejses sager mod forældre for ikke at beskytte deres børn mod krænkelse, eller når spørgsmålet, om det kan være strafbart at være tilskuere til en forbrydelse, bliver aktualiseret. I den juridiske teori har man bl.a. med inspiration fra Norge også interesseret sig for strafbar passivitet. Den teoretiske interesse har typisk samlet sig om at finde et ensartet ansvarsgrundlag og fælles ansvarsbetingelser for strafbar passivitet. Dette har ikke altid været problemfrit. I forsøget på at opstille generelle ansvarskriterier kommer man let til at overse væsentlige forskelle mellem de forskellige relevante straffebestemmelser og at skygge for det forhold, at strafbar passivitet alene har relevans ved visse typer af forbrydelser. Det almindelige strafferetlige hjemmels-

* Title in English: *Criminal passivity: Basis for liability and alternative actions.*

krav betyder, at der må foretages nogle væsentlige sondringer mellem forskellige typer af undladelsesforbrydelser, herunder også inden for de såkaldte »uægte undladelsesforbrydelser«. Mere almindelige legalitetshensyn har også betydning for forståelsen og tilgangen til strafbar passivitet. Her må man ikke kun have fokus på, om man kan straffes for at forholde sig passiv, men også på hvad man i den konkrete situation skulle have gjort for at undgå ansvar. Når en domfældt stiller det for praktikerer velkendte spørgsmål: »Hvad skulle jeg så have gjort?«, må man kunne give ham et svar, også når han straffes for passivitet. I artiklen beskrives indledningsvist, hvad der kendetegner strafbar passivitet, og hvilke særlige forhold man skal være opmærksom på ved behandlingen af især uægte undladelsesforbrydelser.

I praksis er det særligt ved visse former for medvirkensforbrydelser, at der risiko for at blive straffet for passivitet. Højesteret har nu i den principielle dom U 2014.1150 H taget stilling til spørgsmålet om passiv medvirken, herunder om man kan blive medvirkensansvarlig ved at være tilskuer til en forbrydelse. I artiklen diskuteres indholdet og rækkevidden af de generelle ansvarskriterier, der kan udledes af dommen. Særligt på området for forældres passivitet over for krænkelser mod deres børn ses det i praksis, at der stilles store krav til, hvad forældrene skal gøre for at undgå ansvar. I artiklen redegøres for rækkevidden af forældrenes ansvar på dette historisk vigtige område. Sidst i artiklen behandles nogle ofte oversete, men praktisk relevante former for strafbar passivitet uden for medvirkensområdet, herunder særligt narkotika- og våbenbesiddelse.

Artiklen bygger hovedsageligt på ph.d.-afhandlingen *Strafbar passivitet*.² I artiklen inddrages dog nyere praksis og enkelte problemstillinger, der ikke er behandlet deri.

2. Generelt om strafbar passivitet

2.1. Forskel på strafbare handlinger og undladelser

Når der tales om strafbar passivitet eller undladelsesforbrydelser,³ menes normalt tilfælde, hvor der ikke straffes for noget, gerningsmanden har gjort, men i stedet for noget, han ikke har gjort, men skulle gøre. Der har været gjort mange forsøg på at definere, hvad der udgør strafbar passivitet og kendetegner forskellen på strafbare undladelser og handlinger. Den mest relevante og håndgribelige måde at beskrive denne forskel på synes dog at være i relation til, hvad man kan kalde forbrydelsens alternative handling eller adfærd.⁴ For alle forbrydelser gælder, at der knytter sig en alternativ lovlig adfærd til. Når man gør noget ulovligt, er der noget (lovligt), man skulle have gjort i stedet. Dette er ofte så selvfølgelig, at man ikke skænker det en tanke. Ved de typiske forbrydelser udgør den lovlige

adfærd blot alt andet end det, man rent faktisk foretager sig. Straffes man for vold, ville den alternative lovlige adfærd have været simpelthen at lade være med at slå. Der er som udgangspunkt frit valg på alle hylder, blot man ikke udøver volden. Normalt kan man altså undgå straf ved blot at undlade at gøre noget som helst. Forbrydelser med dette kendetegn kan betegnes som »handlingsforbrydelser«. Ved andre forbrydelser, som man kan betegne som »strafbar passivitet« eller »undladelsesforbrydelser«, er forholdet lidt mere kompliceret. Strafbar passivitet er kendetegnet ved, at man straffes for ikke at gøre noget *bestemt*. Man har altså en pligt til at handle (en handlepligt), hvis man ikke vil risikere at blive straffet. Straffes man f.eks. for at forholde sig passivt til, at der foretages overgreb mod ens børn, vil man ikke kunne undgå straf ved blot at gøre intet. Her skal der netop gøres noget, og dette »noget« kan ikke bare være hvad som helst. Ved strafbar passivitet er der tale om en alternativ *handling*, der har et mere bestemt indhold. Kravene til dette indhold uddybes i afsnit 4.

2.2. *Passivitet som et problem*

Man har i den strafferetlige teori altid anset det for at være et problem at straffe for passivitet. Kan man virkelig straffe nogen for ikke at gøre noget?⁵ Problemet med at straffe passivitet har været givet mange begrundelser i den juridiske teori, men for alle de forskellige passivitetsanskuelser gælder den grundlæggende antagelse, at passivitet, set i et strafferetligt perspektiv, generelt kan sidestilles med aktivitet.⁶ Det ses også ofte påpeget, at strafbar passivitet er kendetegnet ved at være mindre strafværdigt end anden form for kriminalitet.⁷ Forbrydelser ved undladelser er ikke så grove som forbrydelser ved handling. Dette passer også godt med vores øvrige erfaringer. Vores moralske dom over den, der skubber en anden i vandet, er selvfølgelig hårdere end over den, der ikke hjælper ham op. Passivitet opfattes typisk ikke som udtryk for den samme onde vilje som aktive handlinger. Undladelsesforbrydelser er også kendetegnet ved i høj grad at have tilfældighedens præg og derfor en lavere recidivfare. Strafferammerne og strafniveauet er da også generelt lavere ved undladelsesforbrydelser end ved handlingsforbrydelser.

En sådan generel forskel i strafværdighed gælder dog ikke ved alle typer af forbrydelser. Ved uagtsomhedsforbrydelser er det ikke den onde vilje, vi straffer, men i stedet skødesløshed, glemsomhed og i det hele taget manglende agtelse. Det er ofte tilfældigt, om manglende agtpågivenhed giver sig til udtryk i handling eller passivitet, og de fleste uagtsomhedsforbrydelser vil typisk have tilfældighedens præg.⁸

Modsat teorien synes lovgiver aldrig at have haft helt så store betænkeligheder ved at straffe passivitet, og der har også altid eksisteret flere konkrete bestemmel-

ser i straffelovgivningen, der kriminaliserer passivitet.⁹ Denne forskel i bekymringen for at straffe passivitet kan måske lidt forenklet forklares ved på den ene side teoriens historiske fokus på at finde og skabe »systemer« i retssystemet og på den anden side lovgivers fokus på at regulere konkrete samfundsproblemer, opdrage borgere og signalere kollektive værdier.

3. Legalitetskravets betydning for strafbar passivitet

Hvorvidt en given adfærd er strafbar, uanset hvordan denne kommer til udtryk, er et hjemmelsspørgsmål. Uden lov, ingen straf, jf. straffelovens (strfl.) § 1. Uanset om dét, der skal vurderes, er en aktiv handling eller passivitet i en given situation, er spørgsmålet, hvorvidt den relevante adfærd kan henføres under en straffebestemmelse. Der er dog også et andet aspekt ved dette spørgsmål, der ofte er så selvfølgelig, at det nogle gange overses. Det er et væsentligt element ved legalitetsprincippet, at borgeren må kunne vide, hvilken adfærd der er strafbar. Det skal således fremgå af loven, i hvilke tilfælde man kan straffes. Dette gælder både af hensyn til straffens legitimitet og dens adfærdsregulerende funktion. Vi vil kun acceptere straf, hvor dette er demokratisk besluttet af lovgiver, og borgerne må kunne vide, hvordan de skal opføre sig for at undgå at blive straffet. Når man skal finde ud af, om en given adfærd kan straffes, indebærer dette således både et umiddelbart og et supplerende hjemmelsspørgsmål: Kan adfærden henføres under en straffebestemmelse? Og hvad skulle personen alternativt have gjort for ikke at ifalde straf?

Det supplerende hjemmelsspørgsmål giver typisk ikke anledning til problemer, og man vil i praksis sjældent skænke det en tanke. Det er dog netop dette element ved hjemmelsspørgsmålet, der viser de særlige udfordringer, der gør sig gældende ved strafbar passivitet, og gør det særligt relevant at interessere sig for denne type forbrydelser. Selv når det handler om undladelsesforbrydelser, lader dette hjemmelmæssige spørgsmål sig ofte rimeligt let besvare. Når lovgiver eksplicit har villet kriminalisere passivitet i bestemte situationer, er der typisk også taget stilling til, hvad det så er, man rent faktisk vil have borgerne til at gøre. Her er kravene til, hvad man kan kalde »den alternative handling« i en eller anden form beskrevet i loven. Når det, eksempelvis i strfl. § 253, nr. 1, er gjort strafbart ikke at hjælpe folk i livsfare, fremgår det således direkte af bestemmelsen, at det, man aktivt skal gøre, er at hjælpe disse mennesker »efter evne«, hvis dette er »muligt« og kan ske »uden særlig fare eller opofrelse« for en selv. Overtrædelser af sådanne undladelsesbestemmelser, hvor den alternative handling følger direkte af loven, kan betegnes som »ægte undladelsesforbrydelser«.¹⁰ Særlige problemer opstår dog ved forbrydelser, hvor man kan straffes for at forholde sig passivt,

men hvor den alternative handling ikke fremgår tydeligt af de relevante lovbestemmelser. Sådanne forbrydelser kan betegnes som »uægte undladelsesforbrydelser«. Her må den alternative handling findes ved en *fortolkning* af den konkrete straffebestemmelse. Det er således hovedsageligt de uægte undladelsesforbrydelser, der i praksis giver problemer i forhold til legalitetsprincippet og derfor kræver en særlig indgående behandling.

4. Den alternative handling

Ved behandlingen af strafbar passivitet har man typisk interesseret sig for, hvorvidt og efter hvilke betingelser man kan straffe undladelser, men særligt ved de uægte undladelsesforbrydelser er det af legalitetshensyn væsentligt at afklare den alternative handling.¹¹ Mere generelle beskrivelser af den alternative handling ved uægte undladelsesforbrydelser kompliceres ofte af, at der sjældent tages eksplicit stilling hertil i praksis. Særligt når – i modsætning til, hvad der er tilfældet ved de ægte undladelsesforbrydelser – den alternative handling ikke giver sig selv, og loven i øvrigt er tavs herom, bør man i domspraksis være særligt detaljeret i sine begrundelser. Mere lavpraktisk kan man vel sige, at man må kunne svare den domfældte, når denne spørger: »Hvad skulle jeg så have gjort?«.

Helt generelt gælder det, at handlepligten ved alle undladelsesforbrydelser aldrig er ubegrænset. Dette gælder ikke kun for de ægte undladelsesforbrydelser, hvor lovgiver direkte har ladet dette komme til udtryk i de relevante straffebestemmelser, men også for de uægte undladelsesforbrydelser. Der gælder dog ikke i alle tilfælde præcist de samme begrænsninger for den alternative handling ved uægte undladelsesforbrydelser, som eksempelvis kan findes i strfl. § 141 og § 253 mv. Udgangspunktet er dog, som ved al anden strafbar adfærd, at det skal være muligt for personen at gøre, hvad loven beder ham om. Ingen er forpligtiget til at gøre det umulige. Se f.eks. den nedenfor omtalte U 1998.545 H. Ved uægte undladelsesforbrydelser vil den alternative handling variere alt efter den konkrete straffebestemmelse og situation. Der er således forskel på, hvad og hvor meget der kræves, alt efter hvilken slags forbrydelse der er tale om. Den alternative handling må derfor principielt afklares og beskrives med udgangspunkt i den konkrete forbrydelsestype. Omvendt vil de spørgsmål, der kan og bør stilles ved undersøgelsen af den alternative handling, typisk være de samme.

De spørgsmål, som teorien og retsanvenderen bør undersøge ved afklaringen af den alternative handling ved en given uægte undladelsesforbrydelse, er således: 1) Hvilke konkrete handlinger skulle personen have foretaget sig, 2) hvornår skulle disse handlinger have været foretaget, 3) var de alternative handlinger mulige, og 4) kan handlepligten i øvrigt siges at være begrænset ud fra andre rime-

lighedsbetragtninger (som f.eks. risiko for inkrimering, forbundet med særlig fare eller opofrelse mv.).

5. Ansvarsgrundlaget og ansvarsbetingelser for strafbar passivitet

5.1. Den rådende lære om uægte undladelsesforbrydelser

I teorien beskrives den grundlæggende betingelse for ansvar ved uægte undladelsesforbrydelser som et ligestillingskrav.¹² En undladelse må, på grund af sin lave strafværdighed, kunne ligestilles med en aktiv overtrædelse af samme bestemmelse for at kunne straffes. Kravet beskrives opsummerende på s. 250 i nordmanden Johs. Andenæs' banebrydende disputats om Straffbar unnladelse fra 1942:

»Skal en passivitet kunne ligestilles med en aktiv forbyrderisk handling, må der foreligge en særlig forbindelse mellom den unnladende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot. Tilknytningen kan skje på aktiv- eller passivisiden. En kan derfor foreta en første inndeling av de ansvarsgrunnlag det kan bli tale om, etter som ansvaret bygger på en særlig tilknytning til den aktivt skadevoldende faktor eller på en særlig tilknytning til den skadeslidende interesse.«

Der er nok tale om den mest kendte passage om passivitetsansvar i Norden, og Johs. Andenæs' undladelseslære har haft stor betydning for strafferetsteorien ikke blot i Norge, men også i Danmark.¹³

Citatet fra Johs. Andenæs skal læses som et resultat af, hvad der ifølge forfatteren kan anses for at være de almene hovedtræk, der har gjort sig gældende ved en analyse af de forskellige typer af undladelsesforbrydelser, der undersøges i værket. Som eksempler på ligestilling mellem handling og undladelse angiver Johs. Andenæs forskellige steder i samme værk nogle mulige tilknytninger, der har en tendens til at skabe en sådan ligestilling, at der kan være grundlag for at straffe en passiv adfærd. Dette kan være tilfældet, hvor den passive person har en særlig tilknytning til aktivt skadevoldende faktorer som f.eks. en forudgående handling, en ting, børn eller sindssyge, eller en særlig tilknytning til den skadelidende interesse i form af f.eks. familiemæssige omsorgspligter, kontraktforhold, offentlig- eller socialretlig stilling eller overordningsforhold. Herudover angives, som et muligt ansvarsgrundlag, tilfælde, hvor passivitet fungerer som meddelelsesmiddel.¹⁴

For nogle teoretikere og praktikere har der nok været en tendens til at se den citerede passage og særligt opregningen af forskellige eksempler på tilknytninger som direkte anvendelige ansvarskriterier. Ved læsning af særligt kortere gengivelser af Johs. Andenæs' undladelseslære i andres værker får man også nemt det

indtryk, at ansvar for passivitet kan ifaldes blot, der foreligger en særlig tilknytning til offeret eller den aktive gerningsmand uafhængig af, hvilken straffebestemmelse eller forbrydelsestype der er tale om.¹⁵ Dette er selvfølgelig ikke tilfældet, hvilket heller ikke er påstanden hos i Andenæs (1942).

Som det også er pointen hos Johs. Andenæs, må spørgsmålet om strafbarhed af passivitet løses ved en *konkret fortolkning* af de relevante straffebestemmelser. Her må der, når der ikke er øvrige fortolkningsbidrag i forarbejder eller praksis, tages udgangspunkt i de i loven anvendte ord, og det må ud fra en almindelig sproglig fortolkning heraf vurderes, om de anvendte formuleringer i den konkrete sammenhæng også kan rumme passivitet. Ord, der normalt associeres med aktive handlinger, vil i visse tilfælde ud fra en almindelig sproglig forståelse også kunne rumme passiv adfærd, hvis der er en meget stærk forventning om aktiv handling i den konkrete situation.¹⁶

5.2. *Faren ved enhedsløsninger*

Man har i teorien traditionelt interesseret sig for at finde og opstille et fælles ansvarsgrundlag og generelle ansvarsbetingelser for alle uægte undladelsesforbrydelse. Ved sådanne undersøgelser har man ofte (bevidst eller ubevidst) taget udgangspunkt i såkaldte forårsagelsesforbrydelse som f.eks. drab, brandstiftelse, hærværk og lign.¹⁷ Netop udgangspunktet i forårsagelsesforbrydelse har ført til mange diskussioner om årsagssammenhæng (kausalitet) ved passivitet.¹⁸ Man har således fra disse typer af forbrydelse, der omhandler forårsagelse af skade, forsøgt at udlede generelle ansvarsbetingelser for alle slags undladelsesforbrydelse. Også Johs. Andenæs' undladelseslære og ligestillingskrav synes hovedsageligt at være udviklet med tanke på sådanne typeeksempler og må også siges at være mest rammende, når der netop er tale om forårsagelsesforbrydelse.

Ved de forbrydelse, hvor årsagsbetragtninger er relevante, er det væsentligt at holde sig for øje, at der ikke nødvendigvis er tale om ét fælles forårsagelsesbegreb. Der må således tages stilling til årsagssammenhængen (kausaliteten) ved forårsagelsesforbrydelse ud fra en konkret fortolkning af hver enkelt bestemmelse. Som allerede påpeget af Johs. Andenæs, så giver udtryk i lovgivningen som f.eks. »følge«, »på grund af« og lign. ikke samme indtryk af aktivitet som f.eks. »forvalde«, »bevirke« og »forårsage«, og derfor kan de førnævnte lettere tænkes anvendt på undladelse.¹⁹

Når der ved behandlingen af strafbar passivitet tages udgangspunkt i forårsagelsesforbrydelse og generelle diskussioner om årsagssammenhæng, kommer man nemt til at overse, at årsagsbetragtninger ikke er relevante ved alle passivitetforbrydelse.²⁰ Der er klare typeforskelle mellem de forskellige slags forbry-

delser i straffelovgivningen. Nogle straffebestemmelser omhandler straf for forårsagelsen af en skade eller en fare, og andre omhandler straf for at befinde sig i en bestemt uønskelig tilstand. Betydningen af disse forskelle har sjældent tiltrukket sig interesse i den juridiske teori. Teoriens fokus på forårsagelsesforbrydelser har således skygget for de passivitetsproblemstillinger, der eksisterer i forhold til såkaldte tilstandsforbrydelser, som f.eks. besiddelse af uønskelige genstande som f.eks. våben, narkotika eller børnepornografi.²¹ Den teoretiske interesse for forårsagelsesforbrydelser har heller ikke stået mål med disse typer forbrydelsers betydning i praksis.²²

Traditionen for ensartet behandling af alle uægte undladelsesforbrydelser har også haft den betydning, at man sjældent har været opmærksom på, om den relevante passive adfærd vurderes som en direkte overtrædelse af en straffebestemmelse eller som medvirken til en sådan overtrædelse. Det følger allerede af det almindelige hjemmelskrav i strfl. § 1, at der er forskel på den fortolkningsopgave, man står over for hhv. i medvirkenssituationer og uden for medvirkenssituationer. Ved medvirken er der tale om en fortolkning af strfl. § 23 set i sammenhæng med den relevante bestemmelse, og uden for medvirkenssituationer er fortolkningsspørgsmålet, om den passive adfærd kan henføres direkte under den relevante straffebestemmelse. I dansk teori har den manglende interesse for denne forskel betydet, at der historisk ikke har været meget fokus på passiv medvirken.²³ Heller ikke i Andenæs (1942), er passiv medvirken i særlig grad behandlet selvstændigt.²⁴

Man må således teoretisk have en mere differentieret tilgang til uægte undladelsesforbrydelser og grundliggende sondre mellem passiv medvirken og selvstændige overtrædelser ved passivitet. Ser man på praksis, er det mest relevante område for uægte undladelsesforbrydelser netop ved medvirken, og uden for medvirkensområdet er det særligt tilstandsforbrydelser og ikke forårsagelsesforbrydelser, der kan tænkes udført ved passivitet.

6. Passiv medvirken

For at kunne blive straffet for medvirken til en forbrydelse på baggrund af passivitet, må ansvarsgrundlaget findes i strfl. § 23's udvidelse af gerningsindholdet i den konkrete materielle straffebestemmelse. § 23 udvider som udgangspunkt alle straffebestemmelseres gerningsindhold, således at disse også omfatter den, der ved tilskyndelse, råd eller dåd medvirker til overtrædelsen af straffebestemmelsen. Det betyder, at den konkrete passive adfærd skal kunne rummes inden for dette kombinerede gerningsindhold, og derved kunne betragtes som »tilskyndelse«, »råd« eller »dåd«. Når der er tale om passiv medvirken, vil det typisk være afgø-

rende, om der fortolkningsmæssigt, herunder rent sprogligt, er en sådan forventning om aktivitet fra den passive person i den konkrete situation, at undladelse heraf kan anses som en form for tilskyndelse til forbrydelsen.

Ved en generel undersøgelse af praksis ses, at straf for passiv medvirken kun sker i særlige tilfælde ved bestemte typer af forbrydelser. Der er tale om så forskellige situationer, at det er vanskeligt at opstille udtømmende ansvarskriterier eller foretage en detaljeret beskrivelse af den alternative handling for alle slags passive medvirkensforbrydelser. Højesteret har dog nu udtalt sig mere generelt om passiv medvirken. Nedenfor behandles således Højesterets afgørelse i U 2014.1150 H, der omhandler spørgsmålet, om det kan være strafbart at være tilskuer til en forbrydelse. Nedenfor under afsnit 6.2 behandles en anden passiv medvirkensforbrydelse, der længe har optaget teorien, og som særligt i nyere tid har påkaldt sig stor mediebevågenhed, nemlig spørgsmålet om forældres ansvar ved passivitet over for forbrydelser mod deres børn.²⁵

6.1. U 2014.1150 H (»Arrestdommen«)

Højesteret har med sin afgørelse i U 2014.1150 H for første gang udtalt sig mere generelt om ansvarsgrundlaget og ansvarsbetingelserne for passiv medvirken.²⁶ I sagen var T1-T5 sammen med A (der dog ikke var en del af sagen for Højesteret) tiltalt for overtrædelse af strfl. § 245, ved, som varetægtsarrestanter i Århus Arrest, over en periode på ca. 45 min. adskillige gange at have slået og spyttet på en anden arrestant samt tvunget ham til at spise cigaretskodder. Voldsepisoden var foregået i en af arrestens gårde, hvor alene den forurettede og de 6 tiltalte arrestanter var til stede. De tiltalte kunne ikke selv bestemme, hvem de kom på gårdtur med, og kunne ikke selv forlade gården. Der var ikke i sagen oplysninger om nogen forudgående aftale eller kontakt mellem de tiltalte før voldsepisoden.

Det var under bevisførelsen for både by- og landsretten lagt til grund, at mindst to af de tiltalte havde deltaget i udøvelsen af volden mv. over for den forurettede. Det fandtes bevist, at den ene af de aktive gerningsmænd havde været A, og at den anden måtte være blandt de øvrige tiltalte (T1-T5), uden at det dog kunne fastslås, hvem af disse det måtte være. Flertallet i by- og landsretten domfældte T1-T5, idet man fandt, at de ved ikke at sige fra over for volden havde gjort sig skyldige i medvirken hertil. Højesteret omgjorde afgørelsen og frifandt T1-T5. I dommen udtaler Højesteret generelt:

»Efter straffelovens § 23, stk. 1, 1. pkt., omfatter strafansvaret alle, »der ved tilskyndelse, råd eller dåd« har medvirket til en forbrydelse. Straffeloven indeholder enkelte særlige regler om strafansvar for passivitet (undladelse), jf. f.eks. straffelovens § 141 (om forebyggelse af bl.a. en

forbrydelse, der medfører fare for menneskers liv eller velfærd) og § 253, stk. 1, nr. 1 (om hjælp til nogen, der er i øjensynlig livsfare). Disse regler er ikke til hinder for, at ansvar for medvirken til en forbrydelse som f.eks. vold kan pådrages ved passivitet i de særlige tilfælde, hvor der er grundlag for at sidestille passivitet med en aktiv medvirkeshandling.«

Om dette grundlag for at sidestille uddyber Højesteret:

»Hertil kræves normalt, at der er en særlig forbindelse mellem den passive person og det kriminelle hændelsesforløb, således at der med rimelighed kunne forventes en aktiv handling fra den pågældende, idet passiviteten ellers kan anses som udtryk for tilslutning til eller understøttelse af forbrydelsen.«

I forhold til den konkrete sag fandt Højesteret ikke, at der forelå en sådan særlig forbindelse mellem den enkelte tiltalte og det kriminelle hændelsesforløb, idet de tiltalte ikke havde »nogen særlig tilknytning til hinanden eller til A, der som nævnt deltog aktivt i voldsudøvelsen«. Højesteret fortsætter dog sin begrundelse umiddelbart efter det ovenfor citerede og anfører:

»De tiltalte var til stede i gården og var klar over, at der over en længere periode blev begået grov vold. De havde ikke mulighed for at forlade gården, idet døren til gården var låst, men den enkelte tiltalte kunne have tilkaldt vagten eller henvendt sig til vagten under rundringerne for derved at forsøge at bringe volden til ophør eller for at bede sig lukket ud af gården. Efter de foreliggende oplysninger, herunder om den vold, der blev udøvet mod forurettede af i hvert fald to aktive voldsudøvere, kan der ikke ses bort fra, at den enkelte tiltalte risikerede repressalier i form af tilsvarende vold straks eller senere, hvis han tilkaldte vagten eller i øvrigt på anden måde søgte at stoppe voldsudøvelsen. På denne baggrund finder Højesteret, at det ikke udgør strafbar medvirken til vold, at de tiltalte undlod at sige fra over for volden som anført af landsrettens flertal. Højesteret frifinder herefter de tiltalte.«

Det er ikke helt klart, hvordan denne sidste udtalelse skal forstås i sammenhæng med det forrige citerede, hvor det just konstateres, at der slet ikke foreligger nogen særlig forbindelse mellem de tiltalte og hændelsesforløbet. Da en sådan forbindelse ifølge Højesteret er en forudsætning for, at der objektivt kan være tale om medvirken, virker den efterfølgende vurdering umiddelbart overflødig. Udtalelsen må dog ud fra sammenhængen simpelthen ses som udtryk for en slags obiter dictum vurdering af handlepligtens udstrækning, såfremt der havde foreligget en sådan »særlig forbindelse«. I sådanne tilfælde vil den alternative handling altså være begrænset, hvor der er risiko for repressalier. Dette forbehold kommer også til udtryk i den ægte unkladelsesbestemmelse i strfl. § 253, som Højesteret også selv nævner i sine generelle bemærkninger.

Højesteret kan med U 2014.1150 H siges at fastslå det naturlige udgangspunkt, der også har været fast antaget i teorien,²⁷ at det blot at være tilfældig tilskuers til kriminalitet selvfølgelig ikke i sig selv medfører et passivt medvirksomhedsansvar til forbrydelsen. Det forhold, at man kender de aktive gerningsmænd, kan heller ikke *i sig selv* medføre noget medvirksomhedsansvar. Der må være konkrete omstændigheder, der gør, at man kan siges at understøtte eller tilslutte sig eller understøtte handlingen. Se til illustration fra nyeste praksis TfK 2015.1248 Ø, hvor den 16-årige T1, der havde været til stede, da hans fire kammerater i alderen 15-17 år havde forvoldt ildebrand på et lejligheds i en skolegård, var tiltalt for medvirken til brandstiftelsen, jf. § 181, stk. 1, jf. § 23. Landsretten frifandt T1, henset til at der ikke på forhånd var en aftale mellem de tiltalte om, at der skulle tændes ild, og at T1 under hele forløbet havde givet udtryk for, at han var modstander af, at der blev tændt ild.

Afgørelsen i U 2014.1150 H kan også tages til indtægt for, at man i de tilfælde, hvor det ikke kan lægges til grund, hvem af de tiltalte der aktivt har deltaget i en forbrydelse, men at det med sikkerhed kan siges, at den/de aktive gerningsmand er iblandt, må vurdere alle de tiltalte efter betingelserne for passiv medvirken.²⁸

Med Højesterets dom kan der siges at være sket en vis kodificering af kernen i Johs. Andenæs undladelseslære, i hvert fald når det gælder passiv medvirken.²⁹ De kriterier for ansvar, som Højesteret opstiller for passiv medvirken, er både så generelle og overordnede i deres udformning, at de som udgangspunkt dækker alle de forskellige former for passiv medvirken, der ses i praksis. Det er dog ikke givet, hvordan disse ansvars-kriterier helt konkret skal forstås og udfyldes ved alle de forskellige former for passive medvirksomhedsforbrydelser, der ses i praksis. Her er det også væsentligt at bemærke, at selv hvor Højesteret i U 2014.1150 H gør sine generelle bemærkninger om det passive medvirksomhedsansvar, kvalificeres dette til »[...] medvirken til en forbrydelse som f.eks. vold [...]«. Endelig må man ved udlægningen af dommen huske at holde sig for øje, at der i den konkrete sag var tale om en situation, hvor de tiltalte ikke bare tilfældigt, men også ufrivilligt overværede en forbrydelse, hvor de ikke selv havde mulighed for at forlade stedet.

Inden for visse andre typer af passive medvirksomhedsforbrydelser har der gennem praksis været udviklet mere specifikke ansvars-konstruktioner med ret detaljerede ansvarsbetingelser. Dette gælder særligt sager om forældres ansvar ved andres forbrydelser mod deres børn, som uden sidestykke må siges at være det mest praktisk relevante eksempel på passiv medvirken.

6.2. Forældres ansvar ved forbrydelser over for deres børn

Nogle af de første sager, hvor der straffes for passiv medvirken, vedrører forældres passivitet over for andre personers vold eller overgreb mod deres børn.³⁰ Det er også på dette område, at kriterierne for ansvar er mest detaljeret beskrevet i praksis, ligesom der særligt i nyere praksis til en vis grad er begyndt at blive taget stilling til den alternative handling.

Medvirkensansvar for de passive forældre statueres i disse sager på baggrund af, hvad man kan kalde en slags »accept-konstruktion«. Forældre har en positiv pligt til at beskytte deres børn. Denne omsorgspligt følger nu direkte af forældreansvarsloven § 2 (Lovbekendtgørelse nr. 1820 af 23. december 2015),³¹ som dog ikke er selvstændigt strafbelagt. Hvis den forælder, der har omsorgspligten over for barnet, undlader at handle trods viden om, at f.eks. en samlever begår forbrydelser over for barnet, anses det dog i praksis som en accept heraf og sidestilles med medvirken efter strfl. § 23.³² Accepten betragtes altså som en slags samtykke og derved som en form for »tilskyndelse«.

Højesteret har godkendt og beskrevet denne ansvarskonstruktion i U 1998.545 H. I sagen var en moder tiltalt for medvirken til samleverens gentagne grove vold over for hendes 3-årige søn. Af retsbelæringen i landsretten, som Højesteret godkendte, fremgik:

»Den, som har forældremyndigheden over et barn og barnet i sin varetægt, ifalder strafansvar for medvirken til den vold, som andre udøver mod barnet, såfremt der er et sikkert grundlag for at antage, at forældremyndighedsindehaveren indså eller antog som overvejende sandsynligt, at vold ville finde sted, og såfremt forældremyndighedsindehaveren havde mulighed for, uden selv at blive udsat for særlig fare, at forhindre volden.«

Højesteret fandt, at der var tale om en rigtig udlægning af gældende ret, og at moderen skulle dømmes for medvirken til den kvalificerede vold mod barnet. Højesteret begrundede dette på følgende måde:

»Tiltalte var indehaver af forældremyndigheden over [barnet] og havde barnet i sin varetægt. Tiltalte havde derfor en omsorgspligt over for [barnet], som bl.a. indebærer, at hun var forpligtet til efter bedste evne at beskytte barnet mod overgreb. Det må lægges til grund, at tiltalte i perioden efter det første voldsforhold [...], i relation til hvilken hun blev frifundet for medvirken, havde mulighed for at hindre [samleverens] fortsatte voldsudøvelse over for [barnet], eventuelt ved at flytte tilbage til sin egen lejlighed sammen med børnene. Når tiltalte trods sin omsorgspligt forholdt sig passiv over for [samleverens] fortsatte voldsudøvelse, må dette derfor betragtes som en accept af denne voldsudøvelse. Højesteret tiltræder herefter, at tiltalte i det skete omfang er fundet skyldig i medvirken til den vold, som [samleveren] udøvede over for [barnet].«

Rent hjemmelsmæssigt må moderens passivitet ud fra sammenhængen forstås som en eller anden form for »tilskyndelse« i form af stiltiende accept eller samtykke. Det er dog vanskeligt ud fra begrundelsen og beskrivelsen af faktum i U 1998.545 H at vurdere, om samleveren rent faktisk opfattede moderens passivitet som et decideret samtykke, og om moderen i så fald havde indset dette. Hvorvidt det i disse sager er et krav, at den, der begår vold eller andet overgreb over for barnet, opfatter forælders passivitet som accept af eller samtykke til disse handlinger, kan ikke siges entydigt ud fra praksis.³³ Klart synes det dog at være, at der ikke skal meget til for, at passivitet regnes som en objektiv medvirkensadfærd i disse sager. Højesterets præmisser i U 1998.545 H er umiddelbart formuleret således, at alene tilsidesættelsen af omsorgspligten og viden om volden synes tilstrækkeligt til at udgøre passiv medvirken.³⁴

Spørgsmålet er dog, hvor langt dette ansvar kan strækkes. Er det f.eks. en betingelse for ansvar, at forælderen er til stede, når samlever eller andre krænker barnet? Dette synes at have været en forudsætning efter ældre praksis. I U 1982.951 Ø/2 blev moderen således frifundet for medvirken til stedfaderens vold mod hendes barn, idet retten udtalte: »Det er uoplyst, hvorvidt og i bekræftende fald i hvilket omfang hun har overværet den af medtiltalte udøvede vold. Hun må antages at have været klar over, at B's læsioner i hvert fald i det væsentlige hidrørte fra vold udøvet af medtiltalte, men den omstændighed, at hun til trods herfor har undladt at gribe ind, findes ikke i sig selv at kunne pådrage hende strafansvar for medvirken til medtiltaltes voldsudøvelse«. Det er dog tvivlsomt om denne dom stadig kan anses som et udtryk for gældende ret. Fra nyere praksis kan således ses afgørelserne U 2000.1085 H, hvor nævningetinget i landsretten fandt tiltalte skyldig i medvirken ved at have »været vidende om og ladet passere samt *i nogle tilfælde* at have overværet« at samleveren havde haft samleje med tiltaltes døtre på hhv. 15 og 12 år, samt U 2012.998 V (»Brønderslevsagen«), hvor moderen i sagens forhold 2 blev fundet skyldig i medvirken til flere voldsforhold, som hun »*i vidt omfang* overværede eller var vidende om«.³⁵ Hvorvidt forælderen har været til stede, har i dag således mest af alt betydning i forhold til det bevismæssige spørgsmål om, hvorvidt forælderen havde tilstrækkelig viden om (forsæt til), at voldhandlingerne foregik. Derudover kan spørgsmålet om tilstedeværelse selvfølgelig også være relevant for vurderingen af, om det overhovedet var muligt at hindre overgrebet, jf. nedenfor.

Der er altså i en lang række sager statueret ansvar for forældre, der forholder sig passive over for f.eks. samleverens vold eller andre overgreb mod deres børn, og det er klart, at ansvaret er ret vidtrækkende. Af væsentlig interesse – ikke

mindst for forældre – er selvfølgelig derfor spørgsmålet om, hvad man så rent faktisk skal gøre i disse situationer for at undgå et strafferetligt ansvar.

Af forældreansvarslovens § 2 følger, at man er forpligtiget til at beskytte sit barn mod vold og anden form for krænkelse, men bestemmelsen siger intet om, hvordan eller med hvilke midler man skal sikre opfyldelsen af denne omsorgs- pligt. Et overblik over praksis viser, at det ikke er tilstrækkeligt alene at sige fra over for samleveren, hvis denne ikke ophører med volden eller overgrebene. Til illustration kan ses Vestre Landsrets dom af 22. december 2015, 9. afdeling, V.L. S-1787-15. Her fandt retten det bevist, at tiltalte vidste eller måtte have anset det som overvejende sandsynligt, at der havde foregået seksuelle aktiviteter mellem ægtefællen og hendes datter, fra datteren var ca. 9 år gammel. Det kunne ikke af- vises, at tiltalte i enkelte tilfælde over for ægtefællen havde givet udtryk for sin misbilligelse af de seksuelle aktiviteter, men landsretten lagde til grund, at tiltalte »efter de iagttagelser, hun gjorde, da [datteren] var omkring 9 år gammel, havde mulighed for at forhindre de seksuelle overgreb, der skete herefter, f.eks. ved at tage kontakt til de sociale myndigheder. Når hun på trods heraf forholdt sig pas- siv over for de fortsatte overgreb, må det derfor betragtes som accept af disse overgreb«. På denne baggrund fandtes moderen skyldig i medvirken til de seksu- elle overgreb efter strfl. § 210, § 216, stk. 2, og § 222, i perioden fra datteren var 9 år gammel og i hvert fald frem til den 18. april 2004, hvor datteren fyldte 18 år og ikke længere var undergivet den tiltaltes forældremyndighed.

Når det således ikke er tilstrækkeligt alene at sige fra over for den aktive krænker, hvad skal en forælder så gøre? Efter praksis er det et krav, at man, om nødvendigt, fjerner barnet fra hjemmet. Se f.eks. U 1998.545 H, hvor der lægges vægt på tiltaltes mulighed for at fjerne barnet fra volden og på, at dette ikke ville have været forbundet med større praktiske vanskeligheder, fordi moderen stadig havde sin egen lejlighed. Der ses ikke i praksis at have været tage direkte stilling til, hvad der skal ske efter en sådan umiddelbar fjernelse af barnet, men det er klart, at opfyldelsen af handlepligten i disse sager ofte vil indebære en ophævelse af samlivet med den, der udøver volden/krænkelsen. I U 2012.998 V (»Brønders- levsagen«) fandt retten da også moderen skyldig i forhold 2 bl.a. ved, trods sin viden om volden, »alligevel at blive i hjemmet og undlade at afbryde samlivsfor- holdet«.

Af særlig væsentlig interesse er også, om det kan kræves, at forældre fysisk forsøger at forhindre volden f.eks. ved at lægge sig i mellem samleveren og bar- net. At dette vil være forbundet med en vis fare for selv at blive udsat for vold el- ler andre repressalier synes oplagt. En person, der slår mindreårige børn, kan ikke forventes at vige tilbage fra at lade volden gå ud over den forælder, der lægger sig

imellem eller anmelder forholdet. Det samme må antages at gøre sig gældende, hvis samleveren modsætter sig, at forælderen flytter fra hjemmet med barnet. Det siges intet sted i praksis, at forældre fysisk skal hindre vold mv., men i de fleste sager synes der også at have været andre handlingsalternativer. Af U 1998.545 H fremgår det, at forældres handlepligt skal opfyldes »[...] såfremt forældremyndighedsindehaveren havde mulighed for, uden selv at blive udsat for *særlig fare*, at forhindre volden«. ³⁶ Spørgsmålet om, hvor megen fare en forælder skal udsætte sig for, førend den bliver tiltrækkelig »særlig«, har endnu ikke været sat på spidsen i praksis. I U 2012.998 V (»Brønderslevsagen«) tilsidesatte retten moderens forklaring om, at samleveren flere gange havde udøvet vold mod hende samt tvunget hende til oralsex, og at hun derfor ikke kunne gribe ind over for volden mv. mod børnene.

Ud fra praksis må det antages, at man vil kræve at forældrene går ret langt i forbindelse med at beskytte barnet, og de begrænsninger, der gælder i strfl. § 253 mht. at hjælpe folk i livsfare, kan nok ikke overføres direkte. Det vil således godt kunne kræves, at forælderen udsætter sig for væsentlig ulempe som f.eks. ophævelse af samliv, udgifter til ny bolig og risiko for visse former for repressalier, men ikke risiko for alvorlig fysisk vold. Se f.eks. den ovenfor omtalte Vestre Landsrets dom af den 22. december 2015, 9. afdeling, V.L. S-1787-15, hvor retten angiver, at moderen skulle have kontakten de sociale myndigheder. Et sådant krav vil i praksis betyde en inkriminering af en nærtstående (samlever eller ægtefælle), hvilket dog ikke problematiseres i sagen.

Det er klart, at det kun kan kræves, at forælderen beskytter barnet i det omfang, dette er muligt. Dette anføres også direkte i U 1998.545 H. Det skal dog bemærkes, at der i praksis anlægges en meget objektiv umulighedsvurdering i disse sager. At det, f.eks. pga. personlige eller psykiske omstændigheder, har føltes umuligt for den passive forælder at skride til handling, har således alene betydning i forhold til strafudmålingen. Til illustration kan ses U 2013.904 V, hvor det af mentalundersøgelsen fremgik, at moderen T1 havde været »i en slags afhængighedsforhold til den medsigtede samlever, som har gjort, at hun har undladt at reagere« over for samleveren T2's mishandling og vanrøgt af T1's barn. Dette blev ikke tillagt nogen betydning i forhold til ansvarsvurderingen for T1, der blev fundet skyldig i medvirken til mishandling og vanrøgt over for barnet. Til sammenligning ses der i norsk praksis en øget tendens til at inddrage subjektive momenter i vurderingen af, om det var muligt for den passive forælder at opfylde sin omsorgspligt. Se f.eks. LH-2014-115515, hvor moderen B var tiltalt for medvirken til A's gentagne voldsudøvelser over for deres fælles datter C efter den dagældende norske straffelovs § 219 (mishandling af barn). Om moderens handle-

pligt udtalte lagmannsretten: »I tillegg må hennes subjektive forhold vektlegges ved vurderingen. B kunne verken lese eller skrive da hun kom til Norge i 2008. I den tiden frem til august 2011 lærte hun svært lite norsk [...]. Det må videre legges til grunn at hun hadde minimal kjennskap til det norske samfunnet, inkludert hjelpeapparatet og helsevesenet, og at hun på alle områder var avhengig av sin ektemann«. Henset hertil, og til at B flere gange havde sagt, at A ikke måtte slå C, samt at B selv var blevet truet af A, frifandt retten hende for medvirken til volden over for C.³⁷ Efter ovenstående praksis er det tvivlsomt, om resultatet ville have været det samme i en dansk sag.

At strafbar passivitet generelt er mindre strafværdigt end strafbare handlinger kommer i sager om forældres ansvar typisk til udtryk i forbindelse med strafudmålingen, hvor den passive forælder idømmes en væsentligt lavere straf end den aktive voldsudøver eller krænker. Den forskel kommer også til udtryk ved det ofte oversete forhold, at de passivt medvirkende forældre efter praksis aldrig idømmes erstatningspligt over for offeret. Se U 2000.1085 H: »Der findes ikke grundlag for at pålægge tiltalte T, der alene er dømt for medvirken i form af undladelse, at betale godtgørelse til døtrene.« I disse sager pålægges erstatningsansvaret alene den aktive skadesvolder eller krænker.

7. Strafbar passivitet uden for medvirkensområdet

Her skal kort peges på nogle af de relevante tilfælde af uægte undladelsesforbrydelser, hvor den udviste passivitet ikke udgør medvirken til en forbrydelse, men i stedet en selvstændig overtrædelse af en straffebestemmelse.

Mere åbenlyse eksempler herpå kan være brugstyveri af motorkøretøj efter strfl. § 293 a, der fastsætter straf for den, der uberettiget »bruger« en andens motorkøretøj. Se f.eks. U 2003.931 Ø, hvor tiltalte, der var passager i den brugsstjålne bil, først under kørslen opdagede, at bilen var stjålet. Tiltalte blev selvstændigt dømt for at have brugt bilen, jf. § 293 a. (Sagen blev afgjort som tilståelsessag).

Af særlig praktisk relevans er dog de såkaldte besiddelsesforbrydelser. I lov om euforiserende stoffer § 3, jf. § 1, stk. 3, og § 2, stk. 4 (Lovbekendtgørelse nr. 748 af 1. juli 2008), og våbenlovens § 2, stk. 1 (Lovbekendtgørelse nr. 1005 af 22. oktober 2012), er *besiddelse* af hhv. narkotika og skydevåben kriminaliseret. Da der er tale om speciallovsbestemmelser, er kravet til den subjektive skyld alene uagtsomhed, jf. strfl. § 2. Begge love har overbygningsbestemmelser i straffeloven. Efter strfl. § 191, stk. 2, kan der således blive tale om en væsentligt højere straf, hvis besiddelsen af narkotika er sket med forsæt til at overdrage stoffet til et større antal personer eller under andre skærpende omstændigheder, og i strfl. § 192 a, stk. 1, er strafferammen for forsætlig besiddelse af skydevåben forhøjet,

hvis besiddelsen sker under særligt skærpende omstændigheder. Selvom disse bestemmelser efter deres ordlyd i normalsituationer synes at forudsætte en forudgående aktiv handling, kan der opstå situationer, hvor personer straffes for at forholde sig passivt, eksempelvis hvis personer tilfældigt og ufrivilligt får rådighed over våben eller narkotika.

Hvis eksempelvis en person, A, efter en ferie finder ud af, at der er anbragt narkotika i hans kuffert, kan han ikke straffes for selve indførelsen eller erhvervelsen, så længe dette ikke kan tilregnes ham som hverken forsætligt eller uagtsomt. Omvendt har A ved fundet fået rådighed over stoffet. Forholder A sig her passiv, vil han være i besiddelse af narkotika og kunne straffes efter lov om euforiserende stoffer eller evt. strfl § 191. Det samme gælder, hvis A finder et skydevåben, som nogen har efterladt i hans hjem. Det forhold, at våbnet er anbragt af andre, fritager ikke A for selve ansvaret for besiddelse. Se f.eks. TfK 2009.856/2 Ø (Tilståelsessag). Retten lagde mht. *strafudmålingen* i formildende retning vægt på tiltaltes forklaring om, at nogle delvis ukendte personer havde anbragt en maskinpistol i tiltaltes hjem, og at tiltalte, efter at politiet havde ransaget hjemmet uden at finde maskinpistolen, selv havde anvist våbnet over for politiet.

Besiddelsesforbrydelser kan i sådanne situationer få karakter af en uægte undladelsesforbrydelser, idet A, hvis han ikke foretager sig noget i forhold til det fundne narkotika eller våben, kan ifalde ansvar for besiddelse af disse genstande. A kan herefter ved fundet af narkotika eller våben i de ovenfor anførte eksempler siges at have en pligt til at handle, hvis han ikke vil straffes. Henset til de (ufrivillige) omstændigheder, hvorunder besiddelsesforholdet er etableret, vil A *ikke med det samme* kunne ifalde ansvar for besiddelsen. A må gives en vis mulighed for at undgå ansvar. Der er ikke noget at bebrejde A på tidspunktet for fundet, og at pålægge ansvar uden at give ham mulighed for at fravælge besiddelse ville derfor indebære en form for et objektivt ansvar. Fra nyere praksis kan ses TfK 2015.491 V, hvor den tiltalte blev frifundet for besiddelse af narkotika, som hun havde fundet i et skab kort før politiets ankomst på hendes bopæl. Stoffet var uden hendes vidende blevet gemt på bopælen af hendes kærestes bror. I denne type sager vil den alternative handling typisk bestå i en pligt til at anmelde fundet til politiet. Hvor der er tale om narkotika, vil den alternative handling dog i visse tilfælde nok også kunne opfyldes ved destruktion af stoffet.³⁸

Endelig giver den digitale samfundsudvikling også anledning til nye passivitetproblemer. F.eks. betyder den omfattende digitalisering, at der nu er risiko for tilfældigt eller ufrivilligt at komme i besiddelse af digital børnepornografi via internettet.³⁹

8. Konklusion

Strafbar passivitet ved de såkaldte uægte undladelsesforbrydelser er særligt kendetegnet ved den alternative handling. Ved denne gruppe af forbrydelser fremgår det ikke klart af de relevante straffebestemmelser, hvad man skal gøre for at undgå at blive straffet. De legalitetsmæssige udfordringer, som særligt uægte undladelsesforbrydelser giver anledning til, betyder, at det i højere grad bliver en vigtig opgave for domstolene igennem praksis at beskrive den alternative handling for disse forbrydelser. I den juridiske teori kan man heller ikke kun interessere sig for, om en given passiv adfærd kan straffes. Man må også søge at afklare, hvad personen alternativt skulle have gjort for ikke at ifalde straf i den konkrete situation.

Det almindelige strafferetlige hjemmelskrav betyder i det hele taget, at der fra teoriens side må anlægges en mere differentieret tilgang til strafbar passivitet. Dette indebærer ikke bare en grundliggende sondring mellem ægte og uægte undladelsesforbrydelser, men også, at der ved de uægte undladelsesforbrydelser må sondres mellem, om passivitet kan udgøre medvirken til en forbrydelse eller en selvstændig overtrædelse af en straffebestemmelse. Hvorvidt en given passiv adfærd så kan straffes, vil være afhængig af den konkrete straffebestemmelse, der er tale om. Visse fællestræk gør sig dog gældende inden for de forskellige forbrydelsestyper.

Strafbar passivitet har størst praktisk betydning inden for medvirkensområdet, og i U 2014.1150 H («Arrestdommen») har Højesteret nu om ansvar ved passiv medvirken generelt fastslået: 1) De ægte undladelsesforbrydelser i strfl. står ikke i vejen for, at der kan straffes for passiv medvirken, men 2) straf for passiv medvirken kan kun ske i særlige tilfælde, og 3) der skal være grundlag for at sidestille passiviteten med en aktiv medvirkenshandling. Der er et sådant grundlag for at sidestille en passiv adfærd med en tilsvarende aktiv handling, hvor der er en så særlig forbindelse mellem den passive person og det kriminelle hændelsesforløb, at der i en sådan grad med rimelighed kunne forventes en (nærmere bestemt) aktiv handling fra den pågældende, at en undladelse heraf kan anses som udtryk for en tilslutning til eller understøttelse af forbrydelsen.

Sager om forældres ansvar ved passivitet over for krænkelse af deres børn er et eksempel på et område, hvor ansvaret for passiv medvirken er meget vidtgående. Her stilles der i praksis krav om en alternativ handling, der kan medføre store personlige omkostninger for forældrene.

Også uden for medvirkensområdet findes der eksempler på uægte undladelsesforbrydelser. Praksis viser således, at man kan straffes for overtrædelse af tilstandsforbrydelser som f.eks. narkotika- og våbenbesiddelse i tilfælde, hvor man

tilfældigt eller ufrivilligt får rådighed over sådanne genstande, hvis man alene forholder sig passivt.

Noter

1. Nicolaj Sivan Holst, ph.d. er adjunkt i strafferet og strafferetspleje ved Juridisk Institut, Aarhus Universitet.
2. Afhandlingen er i 2015 udgivet som bog i revideret udgave (Holst (2015)).
3. I denne artikel anvendes betegnelserne »strafbar passivitet« og »undladelsesforbrydelser« synonymt.
4. Betegnelsen »den alternative handling« stammer oprindeligt fra norsk erstatningsretlig teori (Nygaard (1974)), men er senere brugt i norsk strafferetlig teori af Erling Johannes Husabø. Se f.eks. i Husabø (1999) (»alternative handlinga«).
5. For forståelse af den lange tradition for betænkelighed over for strafbar passivitet er det nok ikke uden betydning, at man fra teoriens side historisk har fundet straf for passivitet svær at forene med mere grundlæggende filosofiske, logiske og naturvidenskabelige antagelser om »ex nihilo nihil fit« (fra intet kommer intet). Man har således til tider fundet det nødvendigt også at overholde dette negative videnskabskriterium inden for juraaen.
6. Spørgsmålet, om man kan straffe for passivitet, har på forskellige tidpunkter været anskuet som et filosofisk problem, et logisk problem, et årsagsproblem, et retsstridighedsproblem, et hjemmelsproblem, et fortolkningsproblem, et sprogteoretisk- eller begrænsningsproblem osv. Se Holst (2015), s. 33-64.
7. Se f.eks. Hurwitz (1952), s. 35, og fra norsk og svensk teori hhv. Andenæs (1942), s. 36 f., og Jareborg (2001), s. 181.
8. Se også Andenæs (1942), s. 241.
9. Se f.eks. allerede Danske lov 1683, 6-8-7, hvorefter der var en straffelagt anmeldelses- og oplysningspligt ved viden om, at en duel ville finde sted.
10. Andre eksempler på ægte undladelsesforbrydelser i straffeloven er §§ 141, 142, 156, 164 a og 185.
11. Særligt Erling Johannes Husabø har i norsk teori sat fokus på den alternative handling ved behandlingen af strafbar passivitet. Se Husabø (1999), s. 196 f. Fra dansk teori kan ses Nielsen (2013), s. 206-208, hvor forfatteren behandler handlepligtens indhold ved passiv medvirken.
12. Se f.eks. Oluf Krabbe i U 1943 B. 57 ff., Hurwitz, (1952), s. 29 f., Waaben (2011), s. 77, Greve (2004), s. 92, og fra norsk teori Andenæs (1942), s. 250, hvor beskrivelsen af kravet første gang optræder.
13. Således antager allerede Stephan Hurwitz i SvJT 1943, s. 168 ff. og Oluf Krabbe i UfR 1942, s. 57 ff., uden væsentlige forbehold, at Johs. Andenæs' analyse og undladelsesteori også er gældende for så vidt angår dansk ret. Den citerede passage er også næsten ordret gengivet i Hurwitz (1952), s. 30-31, Greve (2004), s. 92. og Waaben (2011), s. 77, som angivelse af gældende dansk ret.
14. Se Andenæs (1942), s. 252.
15. Som eksempler på, hvordan man fra teoretiske fremstillinger kan efterlades det indtryk, at Johs. Andenæs' tilknytningslære operationaliseres som direkte anvendelige ansvarsbetin-

- gelses eller kriterier, kan ses formuleringer som f.eks. »[...] ansvaret for passivitet (såvel generelt som ved medvirken) [er] baseret på krænkelsen af en (handle)pligt, der må findes uden for den konkrete strafferetlige regulering«. Formuleringen stammer fra Langsted (2007), s. 165, men er langt fra usædvanlig.
16. Se Andenæs (1942), s. 157 ff.
 17. Et udtalt eksempel herpå er Oluf Krabbe (1947), s. 94 ff., hvor »uegentlige undladelsesforbrydelser« fremstilles som udelukkende at omfatte: »Undladelse af at foretage en Handling, der vil kunne afværge en Skade (saakaldt uegentlig Undladelsesforbrydelse)«.
 18. Se f.eks. Langsted (2007), s. 135 ff., Lund Madsen (2009), s. 136 ff., og Waaben (2011), s. 82.
 19. Se Johs. Andenæs (1942), s. 169-170.
 20. Der findes selvfølgelig eksempler på mere givtige generelle årsagsdiskussioner. I Norsk teori har Erling Johannes Husabø f.eks. peget på en særlig »hindringssamhang«, som betegner det forhold, at den alternative handling ville have hindret eller modvirket følgen (forbrydelsen). Se f.eks. Husabø (1999), s. 51 og 81.
 21. I teorien har man også sjældent interesseret sig for forskellen mellem forsætlige og uagtsomme forårsagelsesforbrydelser, når det gælder strafbar passivitet. Overtrædelse af uagtsomme forårsagelsesbestemmelser, som f.eks. strfl. § 241, ved passivitet, synes mere oplagt end forsætlige som f.eks. § 237. Uagtsomme bestemmelser overtrædes ofte ved en blanding af aktive handlinger og passivitet. Alligevel er der ikke mange sager om passiv overtrædelse af uagtsomme straffelovsbestemmelser, hvilket bl.a. skyldes, at de fleste tilfælde vil kunne straffes efter speciallovsbestemmelser. Holst (2015), s. 211-228.
 22. I nyere trykt praksis ses alene ét eksempel på domfældelse for en forsætlig forårsagelsesforbrydelse, hvor der ikke var tale om medvirken. Dette var i U 1984.645 V (»Cigaretdommen«), hvor den tiltalte blevet dømt for at have forvoldt ildebrand i forbindelse med et indbrud. Tiltalte havde forklaret, at han under indbruddet havde tændt en cigaret, men havde tabt den, da han hørte støj og blev forskrækket. Sagen er usædvanlig, og meget taler for at være påpasselig med at slutte generelt fra denne dom. Som anført i Nielsen (2013), s. 57, tyder særligt byrettens præmisser på, at retten i virkeligheden har ment, at den tiltalte aktivt havde antændt ilden, uden at dette dog bevismæssigt kunne lægges til grund.
 23. Se f.eks. fremstillingerne i Hurwitz (1952), s. 505, Waaben (2009), s. 217, Waaben (2011), s. 242, og Greve (2004), s. 91. En undtagelse til den manglende fokus på passiv medvirken er Gorm Toftegaard Nielsen i Nielsen (2013), s. 53 og 194 ff., og samme forfatter i Nielsen (2002), s. 597-598.
 24. Norsk teori har som bekendt haft stor betydning for behandlingen af strafbar passivitet i Danmark, og én af forklaringerne på den manglende selvstændige behandling af passiv medvirken er nok, at der i norsk ret ikke har været nogen generel medvirkensbestemmelse indtil 2015, hvor den norske straffelov af 2005 § 15 trådte i kraft. Der har i stedet været anvendt såkaldte medvirkenstillæg ved de enkelte materielle straffebestemmelser, hvor lovgiver har fundet, at medvirken bør være kriminaliseret.
 25. I Holst (2015), s. 355 ff., behandles en række øvrige tilfælde af passiv medvirken, som f.eks. overordnedes passivitet over for deres underordnedes forbrydelser, tilstedeværelse under demonstrationer eller sociale uroligheder, fast ophold på lokaliteter, hvor der drives kriminel forretning m.fl.

26. Højesteret har tidligere taget konkret stilling til forskellige passive medvirkensforbrydelser. Første gang Højesteret selv anvendte begrebet »passiv medvirken«, var i U 1998.545 H, der behandles under afsnit 6.2.
27. Se f.eks. Nielsen (2013), s. 199.
28. Denne fremgangsmåde ses også at have været anvendt i utrykt praksis i sager om vold mod børn, hvor det ikke kan lægges til grund hvem af de to forældre, der har udøvet volden. Se f.eks. Østre Landsrets dom af den 25. november 2011 (2. afdeling, j.nr. S-3790-10).
29. Særligt henvisningerne til »en særlig forbindelse« viser, at Højesteret umiddelbart har taget udgangspunkt i denne væsentlige del af Johs. Andenæs' undladelsslære. I dommen – som det også ses i det citerede – anvender Højesteret også direkte formuleringen »særlig tilknytning«, altså den af Johs. Andenæs anvendte terminologi.
30. Der har med forskellige formuleringer været stueret ansvar for forældre i disse sager siden indførelsen af straffeloven af 1930. Se f.eks. U 1938.964 (»ved med sit Vidende og til dels i Overværelse at have ladet de [...] beskrevne Mishandlinger finde Sted«), U 1966.865/2 V og U 1975.1098 V m.fl.
31. Lovbekendtgørelse nr. 1820 af 23. december 2015.
32. Se f.eks. U 1998.545 H, TfK 2012.234 Ø, U 2012.998 V og U 2013.904 V.
33. Det har enkelte steder i teorien været diskuteret, om det er et generelt krav for at kunne ifalde ansvar for passiv medvirken til en forbrydelse, at passiviteten var »konkludent«. Hermed menes, at passiviteten opfattes af den aktive skadesvolder som en tilskyndelse til at foretage eller fortsætte forbrydelsen. Se f.eks. Annette Nørby Møller-Sørensen i TfK 2005.282 og fra norsk ret Husabø (1999), s. 176 ff. Betegnelsen »konkludent passivitet« stammer fra Andenæs (1942), hvor forfatteren på s. 430-454 behandler de tilfælde, hvor passivitet kan virke som meddelelsesmiddel. Det er klart, at én af de måder, hvorpå man kan ifalde ansvar for passiv medvirken, er ved såkaldt konkludent passivitet, men der er hverken i praksis eller hos Andenæs belæg for at påstå, at dette er et generelt krav. Se Holst (2015), s. 308 ff.
34. Se evt. i modsat retning Annette Nørby Møller-Sørensen i TfK 2005.282, der her synes at antage, at sagen er udtryk for såkaldt konkludent passivitet.
35. Mine udhævninger.
36. Min udhævning.
37. Retten fandt det dog bevist, at A selv flere gange at have irettesat C ved at »klype« (knipe) hende på kroppen, og fandt hende derfor skyldig i simpel vold efter den norske straffelovs § 228.
38. Se Holst (2015), s. 126-132 og 155-163, hvor også norsk og svensk praksis inddrages.
39. Besiddelse af digital børnepornografi ved passivitet er uddybende behandlet i Holst (2015), s. 193-210.

Referencer

- Andenæs, J. (1942) *Straffbar unnlattelse: Et bidrag til strafferettsdogmatikken*.
Greve, V. (2004) *Det strafferetlige ansvar*. 2. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
Holst, N.S. (2015) *Strafbar passivitet*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
Hurwitz, S. (1952) *Den danske kriminalret: Almindelig del*. G.E.C. Gads Forlag.
Hurwitz, S. (1943) i *Svensk Juristtidning* (SvJT): 168-175.

- Husabø, E.J. (1999) *Straffansvarets periferi: Medverking, forsøk og førebuing*. Universitetsforlaget.
- Jareborg, N. (2001) *Allmän kriminalrätt*. Iustus.
- Krabbe, O.H. (1943) »Om undladelsesforbrydelser« i *Ugeskrift for Retsvæsen*. B: 57-88.
- Krabbe, O.H. (1947) *Borgerlig Straffelov af 15. April 1930 som optrykt ved Lovbekendtgørelse Nr. 215 af 24. Juni 1939 og Lov af 15. April 1930 om Ikrafttræden af Borgerlig Straffelov mm.: Udgivet med kommentarer, under Medvirkning af Carl Rasting*. 4. udgave. Gad.
- Langsted, L.B. (2007) *Rådgivning II*. Thomson/GadJura.
- Madsen, L.L. (2009) *Strafbar medvirken i erhvervsforhold*. Thomson Reuters.
- Møller-Sørensen, A.N. (2005) »Hvor langt rækker ansvaret for den, der medvirker til kriminalitet?« i *Tidsskrift for Kriminalret*: 282-293.
- Nielsen, G.T. (2013) *Strafferet I: Ansvar*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nielsen, G.T. (2002) »Voldelige kvinder – der ikke kan slå en flue ihjel«, i Asp, P., m.fl.: *Flores juris et legum – festskrift till Niels Jareborg*. Iustus förlag.
- Nygaard, N. (1974) *Aktløysevurderinga i norsk retspraksis*. Universitetsforlaget.
- Waaben, K. (1999) *Strafferettens almindelige del*. GadJura.
- Waaben, K. (2011) *Strafferettens almindelige del*. 5. reviderede udgave ved Lars Bo Langsted. Thomson.